

LEGÍTIMA DEFENSA PREVENTIVA EN DESARROLLO DE OPERACIONES MILITARES

Abg. DIANA MILENA BELLO CENTENO

RESUMEN: Se trata de un artículo de reflexión que tiene su fundamento en la aplicación del concepto de la legítima defensa preventiva en el desarrollo de operaciones militares por tropas de tierra, mar y aire en el Estado Colombiano, señalando que la aplicación amplia de esta figura, permite determinar que los servidores públicos que representan a las Fuerzas Militares, actúan en desarrollo de combates al usar determinadas maniobras en legítima defensa Institucional, por cuanto, los grupos armados ilegales que delinquen en el país, permanentemente observan actitudes hostiles, que facultan a las tropas, para defender la Institucionalidad, sin esperar a que haya una agresión o daño físico como tal a la persona, sin con el fin de evitar ese daño, y así mismo evitar que se afecten los fines del Estado y los derechos que este debe proteger.

PALABRAS CLAVES. Legítima Defensa, Operaciones Militares, Legítima Defensa Institucional, Legítima Defensa Preventiva, Derecho Internacional Humanitario.

INTRODUCCION

Uno de los fines del presente artículo es el análisis crítico de la aplicación de la legítima defensa como causal de exoneración de responsabilidad, en el desarrollo de operaciones militares, ampliando su percepción a al aplicación de conceptos tales como la legítima defensa institucional, llegando a la legítima defensa preventiva, amparada esta en que las tropas de tierra, mar y aire, radican su actividad en la protección de los principios del Estado Social y Democrático de

derecho¹ pero también en sus fines² por lo cual los planteamientos y reflexiones estipulados son el resultado del análisis conjunto de los postulados legales, jurisprudenciales y doctrinales sobre el tema.

El contenido en esencia representa una reflexión sobre la actividad que desempeña la Fuerza Pública en el teatro operacional, y hasta que punto sus actuaciones y los resultados que de estas se obtienen en situaciones de combates, están amparados por la normatividad colombiana, señalando que su actividad ofensiva frente a grupos alzados en armas, esta avalada por cuanto no debe esperarse a que se produzca el daño por la actividad hostil por parte de este tipo de organizaciones delictivas, sino que puede y debe actuarse preventivamente, cuando la actitud hostil está plenamente identificada, sin que ello implique actuar por fuera del Derecho, sino por el contrario en aplicación de él.

En ese orden de ideas, el presente artículo pretende encaminar la visión de las autoridades judiciales que analizan casos donde miembros de la Fuerza Pública han causado la muerte en combate mostrando que la acción preventiva está amparado por el Derecho Internacional Humanitario, y así mismo dar elementos a las Fuerzas Militares de Colombia, para ampliar el campo en el que pueden desarrollar sus operaciones para obtener ventaja y resultados exitosos frente al actuar delictivo del enemigo.

¹ CONSTITUCION POLÍTICA DE COLOMBIA 1991, Art. 1. "Colombia es un estado social de derecho organizado en forma de republica unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general"

² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991, Art. 2 ; "Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución;; facilitar la participación de todas las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo".

PROBLEMA JURIDICO

Como una actuación propia del ser humano, inherente a su instinto de conservación, tenemos la legítima defensa como una rasgo innato de las personas en todos sus campos, que se ha ido transformando con el transcurrir de las épocas y los cambios que ha sufrido la sociedad, llegando al punto de requerir el cumplimiento de ciertas exigencias para hablar de su configuración dentro de un ordenamiento jurídico, para que permita eximir de responsabilidad al autor de un hecho típico o la reducción de la sanción aplicable, en el caso de no cumplir en su totalidad con tales requisitos.

El problema surge al momento de señalar que esa capacidad de actuar en legítima defensa, también radica en el Estado como Institución, sin que esta causal de exoneración de responsabilidad, se circunscriba sólo al hecho de una agresión de persona a persona, sino hasta que punto su aplicación se puede ampliar a la defensa del Estado y sus fines y principios, y a que esa defensa se aplique preventivamente sin necesidad que el ataque se esté dando en el instante preciso, pero que se sepa va a llevarse a cabo o frente a una sucesión de ataques que se sabe van a darse frente a un ataque inicial.

METODOLOGIA

Este artículo comprende un análisis histórico, además de jurisprudencial y doctrinal de la aplicación de la legítima defensa, llegando a los conceptos más amplios, como los de legítima defensa institucional y legítima defensa preventiva, para lo cual se utilizará un método explicativo y descriptivo, mostrando de que

manera estos conceptos entendidos en el sentido amplio y a la luz del Derecho Internacional Humanitario pueden aplicarse al desarrollo de operaciones militares ofensivas contra grupos armados al margen de la ley, indicando igualmente los requisitos y el contexto en que dichos conceptos deben aplicarse.

RESULTADO

Noción Histórica de la Legítima Defensa

Si bien es cierto, es imposible determinar el momento preciso en la historia donde surge la legítima defensa, se puede observar con claridad que es inherente al nacimiento de la misma humanidad, como lo señalaron Gayo y Ulpiniano, para quienes la legítima defensa tenía fundamento en el derecho natural. La ley de las XII tablas permitía a un ciudadano actuar en legítima defensa contra ladrones, y en el derecho canónico a su vez, se hablaba de la posibilidad de rechazar la violencia con violencia, entendida esta actuación como un derecho natural.

Por su parte “el legislador francés da un carácter justificativo a la legítima defensa, no se limita a dejarlo impune, sino que borra también el carácter delictivo. No obstante este concepto tiene un restringido ámbito de aplicación al establecer la defensa de la vida propia y la del otro, dejando por fuera otros bienes inmateriales”³

³ *Universidad de la Tercera Edad. La Legítima Defensa. 14 de Octubre de 2002.* http://html.ricondeivago.com/legitimadefensa_1.html (Consultado 30 de Diciembre de 2010)

La teoría contemporánea, habla del fundamento de la legítima defensa centrado “en el aspecto individual y supraindividual del concepto”⁴, el aspecto individual referido a la necesidad de defender un bien personal jurídicamente protegido, y en el aspecto supraindividual, referente al hecho de poder contrarrestar las conductas antijurídicas e ilegítimas que “ponen en suspenso su soberanía en las relaciones sociales”⁵.

Definición de la legítima defensa

“La legítima defensa o defensa propia es, en Derecho Penal, una causa que justifica la realización de una conducta sancionada penalmente, eximiendo de responsabilidad a su autor, y que en caso de no cumplirse todos sus requisitos, permite reducir la pena aplicable a este último. En otras palabras, es una situación que permite eximir, o eventualmente reducir, la sanción ante la realización de una conducta generalmente prohibida. Una definición más concreta revela que la defensa propia es: el contraataque o repulsa de una agresión actual, inminente e inmediata con el fin de proteger bienes jurídicos propios o ajenos.”⁶

Foltan Balestra, define la legítima defensa como la reacción necesaria para evitar una agresión ilegítima de un bien jurídico actual o inminentemente amenazado por la acción de un ser humano; Nuñez, la define como aquella defensa que se realiza para impedir o repeler una agresión ilegítima y sin que medie provocación suficiente, ocasionando un perjuicio a la persona o derechos del agresor.

⁴ Legítima Defensa. http://es.wikipedia.org/wiki/Leg%C3%ADtima_defensa (Consultado 25 de Noviembre de 2010)

⁵ ídem

⁶ ídem

De otra parte, Jiménez de Asúa, la define como una “repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirla o repelerla”⁷

Finalmente en el Código Penal Colombiano, en el artículo 32, dentro de las causales de ausencia de responsabilidad penal, tenemos en el numeral 6, que la legítima defensa se define de la siguiente manera: “**Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión. Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas**”. Así mismo en el numeral 7 se refiere: “**Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar**”

Requisitos de la Legítima Defensa

Como lo mencionó el Tribunal Penal Militar en decisión proferida el 06 de Marzo de 2006; “la legítima defensa es la repulsa de una agresión ilegítima, actual o inminente, por el agredido o un tercero, contra el agresor, dentro de los límites de la defensa y con proporcionalidad de los medios empleados para el rechazo. Actual es el riesgo que ya ha comenzado y no ha concluido aún, el que se concretó en un daño real y pervive todavía, mientras que inminente es el que representa cualquier amenaza inmediata para el bien jurídico, deducible de un

⁷ Luis Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal. Segunda Edición. Buenos Aires. 1957.

*gesto, actitud o movimiento, pero es necesario que el mal o daño no sea evitable por otro procedimiento menos perjudicial, esto significa que tras una valoración racional de la situación, el agente se vea obligado a actuar por no tener a su alcance otros medios legítimos o lícitos que eviten el perjuicio ajeno o que coadyuven a que éste sea de menor proporción, así las cosas el agente debe hacer todo lo jurídicamente exigible, dadas las circunstancias al momento del hecho, para evitar la causación del daño al derecho o bien ajeno con miras a proteger el suyo... ”.*⁸

De la anterior definición acertadamente dada por el Tribunal Superior Militar, se tiene que para que la legítima defensa se constituya como figura jurídica que desencadene la ausencia de responsabilidad penal, la conducta debe cumplir con ciertos requisitos, debiendo ser la agresión actual, inminente, ilegítima y generando la necesidad de defensa y la proporcionalidad de la misma, frente a la agresión.

La agresión contra la que se erige esa conducta defensiva, deberá ser dolosa y por lo tanto antijurídica, poniendo en riesgo bienes jurídicamente tutelados por el legislador, la acción deberá representar un peligro verdadero para tal bien, y la defensa resulta como una acción inaplazable para salvar ese bien jurídico.

La legítima defensa tendrá un sujeto activo, entendido como la persona capaz e imputable jurídicamente, quien puede defender a otro o defenderse a sí mismo, y un sujeto pasivo, que será aquella persona quien agrede ilegítimamente a otra persona.

⁸ Tribunal Penal Militar. Rad. No. 032-148255-1066.XVI-38-PONAL. M.P. TC. Rosa Elena Tovar García. 06 de Marzo de 2006.

Se puede actuar en legítima defensa, en protección de derechos y de bienes defendibles, como lo menciona Luis Jiménez de Asúa, *“todos los bienes jurídicamente protegidos, incluso los intereses inmateriales, pueden ser defendidos cuando son ilegalmente atacados y la repulsa parece necesaria y proporcionada...”*⁹, pudiéndose defender derechos como la vida, la integridad física, el honor y los bienes patrimoniales entre otros.

Legítima Defensa Militar

El artículo 217 de la Constitución Política establece que *“La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”*.

A parte de establecer un compendio de normas para garantizar esa convivencia pacífica y ejercicio de derechos de las personas que habitan el territorio nacional, el Estado emplea a su Fuerza Pública para combatir y contrarrestar aquellas organizaciones o grupos que van en contra de los fines del Estado, es así, que la misma Corte Constitucional señala que *“la defensa de los derechos no se limita a la abstención estatal en violarlos. **Comporta, como se ha indicado, enfrentar a los agresores de tales derechos.** La existencia de fuerzas armadas se justifica por la necesidad de asegurar, más allá del mandato normativo, la eficacia de los derechos.”*¹⁰

⁹ Luis Jiménez de Asúa. *Lecciones de Derecho Penal*. 2000, volumen VII, Primera Serie. Biblioteca Clásicos del Derecho. Impresora Castillo Hnos. S.A. México, D.F.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corolario de lo anterior, el Estado representado por esas Fuerzas Militares mantiene el monopolio del uso de la fuerza contemplando en la Carta Política, pues “sólo el Gobierno puede introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos. Nadie podrá poseerlos ni portarlos sin permiso de la autoridad competente...Los miembros de los organismos nacionales de seguridad y otros cuerpos oficiales armados, de carácter permanente, creados o autorizados por la ley, podrán portar armas bajo el control del Gobierno, de conformidad con los principios y procedimientos que aquella señale”¹¹.

La Honorable Corte Constitucional señaló que *“el uso de la fuerza es obligatoria (...) frente a quienes no tienen intención de respetar los derechos de las personas y no están dispuestas a cumplir el mandato normativo. Dicho uso de la fuerza únicamente está legitimado para las fuerzas armadas del Estado, pues la estructura social deposita en ellas el monopolio del uso de las armas y, por lo mismo, la tarea de defender mediante su utilización los derechos”*.¹²

De igual forma, señaló en posterior ocasión, que *“el derecho sólo puede asegurar al individuo una esfera de libertad y protección contra la violencia a condición de reprimir, incluso con la fuerza, aquellas actividades violentas de los demás individuos que vulneran esa órbita de libertad”*.¹³

Como bien se mencionó, el Estado tiene la obligación de garantizar “condiciones de seguridad colectiva y de carácter estructural-definidos en los conceptos de soberanía, independencia, integridad territorial e integridad del orden

¹¹ Constitución Política 1991, Artículo 223.

¹² Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

constitucional-, que permitan una convivencia armónica”¹⁴, de lo que se desprende que las Fuerzas Militares desplieguen operaciones para contrarrestar el accionar delictivo de grupos al margen de la ley, entre ellos, las organizaciones terroristas, como las FARC y el ELN.

Si en desarrollo de esas operaciones que se despliegan por parte de la Fuerza Pública, se presenta un combate entre un servidor público y un integrante de un grupo al margen de la ley, que encamina su actividad, contrariando las normas y los fines del Estado, y se causa una muerte derivada del accionar militar, acción, que en este caso está respaldada por la Constitución, esta se considerará como justificada, cuando el resultado obedezca al estricto cumplimiento de un deber legal o al cumplimiento de una orden legítima de una autoridad competente emitida con las formalidades legales, que es la situación que se presenta, cuando esa muerte, se desprende del cumplimiento de una operación militar.

El homicidio como resultado de un combate, se ampara entonces en la legítima defensa militar, porque la razón de ella, además de la propia protección del militar inmerso en el combate, es la misma defensa de la soberanía, la independencia, la convivencia pacífica, en fin, aquellos fines y derechos que el Estado Colombiano debe proteger y garantizar; así, la muerte de una persona en combate, será una acción de legítima defensa institucional, como resultado de una respuesta estatal a una acción delincuencia.

La legítima defensa militar, a la que se ha hecho referencia con anterioridad, debe igualmente como conducta de un servidor público, cumplir con los requisitos que esta figura legal como eximente de responsabilidad exige; en primera instancia,

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

los miembros del Ejército Nacional involucrados en una muerte en combate, deberán actuar “*amparados* en la preceptiva del estricto cumplimiento de un deber legal, haciendo uso de la fuerza legítima para, contrarrestar los grupos insurgentes y delincuentes organizados que atentan contra el orden institucional, individual y jurídico...”¹⁵.

Cuando se habla de un combate, los miembros de grupos al margen de la ley que atacan contra las tropas, efectivamente incurren en una agresión injusta, donde además de afectar los fines estatales, ponen en riesgo el derecho a la vida de los uniformados; los principios básicos sobre el empleo de la Fuerza Pública de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptados por el octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, realizado en Cuba en 1990, nos indican que “*la amenaza a la vida y a la seguridad de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a autoridad para impedir su fuga...**quienes ejerce la autoridad tienen los derechos iguales e inalienables que pertenecen a otro ser humano**. Como titulares de los derechos humanos, las personas constituidas en autoridades tienen el derecho y el deber de defenderse cuando son injustamente agredidas.*”

En desarrollo de esa legítima defensa, ni siquiera puede predicarse por ejemplo, que el sujeto deba “limitar el número de disparos, pues mientras persista el peligro

¹⁵ Tribunal Superior Militar. Rad. 154902-7708-548-008-EJC- M.P. Capitán de Navío Carlos Alberto Dulce Pereira. 14 de Mayo de 2008.

la defensa es necesaria y proporcionada, no siendo equitativo exigir un comportamiento distinto al procesado a como nosotros mismos en exactas condiciones físico-psíquicas hubiéramos actuado”.¹⁶

La necesidad de defensa, es otro de los requisitos que deben cumplirse para hablar de la legítima defensa militar, que como lo ha dicho la Corte, es una condición que “deviene del análisis de un cúmulo de circunstancias que no es posible identificar de manera genérica, sino en relación con el caso concreto; así entre otras, el modo, tiempo y lugar que rodearon el hecho, los bienes jurídicos en tensión, la entidad de la agresión e incluso los medios utilizados”¹⁷. Así mismo debe haber proporcionalidad entre los bienes y medios utilizados en la medida de la agresión que se recibe, circunscribiéndose este requisito a la justa defensa con los medios compensatorios a la falta cometida.

De todo lo anterior, se establece, que *“el militar que recibe una orden legítima y estando obligado por el ordenamiento jurídico a obedecerla, la cumple, está actuando en el marco de cumplimiento de un deber y su actuación estará justificada aún cuando su comportamiento lesione o vulnere un bien jurídico ajeno, siempre y cuando naturalmente, dicha conducta se adecue alas exigencias de esa causa de justificación.”*¹⁸

Si el Ejército Nacional tiene un origen netamente constitucional, y el uso de la fuerza se hace en cumplimiento de ese fin que la misma Carta Política impone, el

¹⁶ Tribunal Superior Militar. Rad. 154902-7708-548-008-EJC- M.P. Capitán de Navío Carlos Alberto Dulce Pereira. 14 de Mayo de 2008.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia Rad. 19922. M.P. Mauro Solarte Portilla. 05 de Mayo de 2004.

¹⁸ Tribunal Superior Militar. Rad. 150269-GDS-A-Homicidio y otro-Causal de Justificación-EJC- MP. Mayor ® Salomón Gómez Dueñas. 14 de Abril de 2005.

actuar de los miembros de la Institución Castrense es completamente legítimo, toda vez que *“cuando los miembros del Ejército enfrentan a integrantes de grupos subversivos o de delincuencia común, o contra todo aquel que protagonice actos delictivos o violentos, la Fuerza Pública utiliza sus armas en forma legítima en preservación de los bienes del Estado y de los particulares, así como de sus propias vidas, en cumplimiento de su deber legal y con mayor razón si son objeto de agresión o ataque”*¹⁹.

REYES ECHANDÍA señala que *“siendo la legítima defensa una causal de justificación, no hay para que buscarle fundamento distinto del de las demás causales de la misma naturaleza, vale decir, que se trata de un fenómeno que no suscita reprochabilidad social porque siempre se ha considerado que quien reacciona ante una injusta agresión ejecuta un comportamiento social jurídicamente adecuado; también a que, como en el estado de necesidad, es la conciencia social y legal que no es posible exigirle al actor comportamiento diverso, lo que justifica su conducta y, por ende, su tratamiento como causal de exclusión del delito por ausencia de antijuridicidad.”*

En conclusión, cuando hablamos de una muerte producida en combate, con el lleno de los requisitos que fueron ya señalados, el actor obrará definitivamente en legítima defensa, pues como lo menciona el mismo autor, *“quien obedece la ley no puede proceder con ilicitud, porque existirían dos términos que se excluyen mutuamente, la licitud de la obediencia y la ilicitud del resultado. El fundamento racional de la disposición se encuentra en que el Estado no puede imponer un comportamiento y castigar al mismo tiempo esa acción. Si la antijuridicidad se*

¹⁹ Tribunal Superior Militar. Rad. 150269-GDS-A-Homicidio y otro-Causal de Justificación-EJC- MP. Mayor ® Salomón Gómez Dueñas. 14 de Abril de 2005.

origina en la voluntad estatal, al imponer una conducta ella queda automáticamente convertida en lícita y de acuerdo a derecho”.

Legítima Defensa Preventiva

Es de amplio conocimiento que en el caso de Colombia, la Fuerza Pública se enfrenta a amenazas irregulares, cuyas hostilidades han llevado a la Comunidad Nacional e Internacional, a definir los grupos que los causan como organizaciones terroristas, que en su actuar delictivo incurren en distintas conductas consideradas como ilícitas, entre ellas, el terrorismo, la rebelión, la utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, sedición, entre otros muchos, que han afectado a los pobladores del territorio nacional, incluyendo a los miembros de la Fuerza Pública.

Está claramente identificado en Colombia que los más ostensibles ataques y amenazas a la población civil, al territorio y al orden constitucional provienen de grupos ilegales, tales como las FARC y el ELN, afectando en la mayoría de sus actuaciones, la inmunidad de la que goza la población civil, combinando esfuerzos “que contribuyen de manera directa e indirecta hacia la consecución de los propósitos hostiles, que enmarcan la conducta de dichos grupos armados al margen de la Ley dentro de infracciones al Derecho Internacional de los Conflictos Armados”²⁰.

En el desarrollo de un conflicto armado, en el caso de Colombia, un conflicto armado irregular, el objetivo que tiene la Fuerza Institucional, es lograr por tanto,

²⁰*Reglamento de Operaciones y Maniobras de Combate Irregular EJC 3-10-1. Segunda Edición. 2010. Elaborado Sección Publicaciones Ejército.*

una ventaja tangible que permita neutralizar el accionar militar ilícito del enemigo o adversario, y en ocasiones esos resultados, se efectivizan en lo que es comúnmente conocido como las muertes en combate de integrantes de esos grupos ilegales alzados en armas, que actúan en contra de la normatividad y de la población del país.

Dentro de la variedad de tipo de operaciones que realizan las Fuerzas Militares, además de aquellas que buscan como tal la protección y el mantenimiento de la seguridad, realización de desminado humanitario, acción cívico militar, están aquellas que tienen una tendencia más agresiva, como las de control territorial, de seguridad y defensa de la Fuerza y las de acción ofensiva, que respectivamente buscan proteger en forma permanente la población civil, sus bienes y los recursos del Estado de un área determinada, garantizar la defensa, incluyendo tropas, información y recursos del Estado y derrotar al enemigo decisivamente, en cuanto a su estructura económica y las áreas de acumulación estratégica.

Como lo menciona el reglamento de combate irregular aplicado en el Ejército Nacional, el método que este tipo de grupos ilegales utilizan, es el de un combate asimétrico, cuyo fin se dirige no sólo a conseguir un espacio en el territorio nacional, sino que ataca sobre varios flancos, deslegitimando la Institucionalidad de la Fuerza Pública, atacando incluso personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, y es por eso que las Fuerzas Militares deben plantear el desarrollo de operaciones tanto ofensivas, como de control, seguridad, defensa y también psicológicas para influir en el comportamiento de los miembros de las fuerzas hostiles.

Cuando hablamos de combates y por ende del uso legítimo de la Fuerza por parte de los integrantes de las tropas de tierra, mar y aire, los miembros de las Fuerzas

Militares actúan en primera instancia, cuando se encuentran frente a una ataque contra su vida e integridad personal, en uso de la legítima defensa, cuando este ataque reúne los requisitos que este concepto entendido como causal de exoneración de responsabilidad penal o disciplinaria exige, tales como que la amenaza de la cual son víctimas, sea actual, inminente, ilegítima, y que se actúe con necesidad y proporcionalidad en la respuesta, elementos que ya fueron definidos y explicados más ampliamente con anterioridad. Además de actuar los miembros de la Institución Castrense en defensa de su propia vida e integridad, para lo cual están totalmente facultados por la ley, por las razones que ya fueron expuestas, actúan en lo que se ha denominado por la doctrina, como **“legítima defensa institucional”**.

Entender la legítima defensa en un sentido más amplio permite señalar que, cuando las tropas en desarrollo de operaciones militares hacen uso de las armas de las cuales el Estado las ha dotado para la defensa de la Nación, precisamente actúan en defensa, no sólo de ellos mismos, sino de todos los habitantes del territorio colombiano y de todos aquellos fines que la Constitución le impuso a las Fuerzas Militares el deber de proteger.

Cuando hablamos de la legítima defensa institucional, observamos que al momento de desarrollar una operación de acción ofensiva, control territorial o de seguridad y defensa de la Fuerza y los militares se encuentran en desarrollo de la misma con integrantes de un grupo al margen de la ley y atacan a quienes lo integran, directamente están defendiendo además de su propia vida e integridad, la vida honra y bienes de la población civil, y la ya mencionada, soberanía, territorio y orden constitucional, ante ataques hostiles por parte de estos grupos ilegales.

No es necesario, que al momento en que miembros de grupos al margen de la ley se tropiecen con la Fuerza Institucional, estos delincuentes se encuentren como tal atacando a la población civil, es decir, disparándoles, secuestrándolos o torturándolos, por ejemplo, para que la tropa pueda reaccionar ofensivamente, pues se entiende, que el hecho de portar armas, y pertenecer a un grupo ilegal que tiene como política criminal, las acciones terroristas, y que se conoce ampliamente y se sobre entiende que buscan la desestabilización del Estado y su orden constitucional, sin observar ni siquiera las mínimas reglas que deben tenerse en cuenta en el desarrollo de un conflicto armado, aceptadas por la comunidad internacional.

Dentro de las maniobras que se utilizan para la efectivización de este tipo de operaciones, están las de ataque, acción sorpresiva y la emboscada, teniendo en cuenta que las tropas del Ejército, se enfrentan a fuerzas hostiles, que tienen como política criminal constante el ataque al orden constitucional, la soberanía y a todos aquellos fines y principios para cuya protección las Fuerzas Militares fueron creadas.

Hablando de la emboscada para tomar un ejemplo, la cual es definida como ***“una acción sorpresiva y contundente desde una posición establecida, sobre un blanco u objetivo militar plenamente identificado que se encuentra en movimiento”***²¹, con el propósito de *“contener, distraer, desorganizar, retardar o destruir un elemento hostil en movimiento, antes que pueda actuar contra las propias fuerza, la población civil o los recursos vitales del Estado”*²², podemos señalar que las tropas en tierra, pueden hacer uso de este tipo de maniobras en

²¹ *Reglamento de Operaciones y Maniobras de Combate Irregular EJC 3-10-1. Segunda Edición. 2010. Elaborado Sección Publicaciones Ejército.*

²² *ídem*

“un punto de paso o cuando la inteligencia es precisa y se conoce la dirección en que el adversario conducirá sus hostilidades”²³.

Este tipo de maniobra debe cumplir con requisitos como la ubicación de un punto que permita la observación clara del enemigo, evitar la proximidad con población civil, donde el engaño y la sorpresa permitan obtener resultados positivos, que en el caso de este tipo de maniobras se circunscriben a “dar de baja” expresión que se usa entre el común de la gente para referirse a la “muerte de quien se estima criminal, producida por la acción de los agentes de seguridad, justicia o defensa del estado, cuando por medios violentos se opone a la acción legítima del Estado”.

24

Una emboscada como su mismo nombre lo indica, es un ataque sorpresivo que busca destruir al enemigo mediante fuego, así lo señaló el Tribunal Superior Militar en la decisión que confirmó el caso Guaitarilla, afirmando que en este tipo de maniobras existen tres tipos de elementos básicos, la sorpresa, el fuego coordinado y el control.

Como el mismo Tribunal Castrense lo afirmó, “es clara la doctrina militar que señala, que sin la sorpresa el ataque no es una emboscada ello permite al Comandante controlar la situación mediante el sigilo, la cautela, el tiempo de ejecución, el lugar de la emboscada y la violencia de su ejecución. Dentro de sus señales convencionales, el Comandante de patrulla siempre da inicio a la

²³ *ídem*

²⁴ Gustavo Adolfo Caballero. *Dar de Baja ¿Legítima Defensa Institucional y Homicidio? Disquisición con fines estadística criminal.*
www.medellín.gov.co/irj/go/km/docs.AdmonContenido/EstadisticaGobiernno/DocumentosEstadisticasGobierno/LegitimaDefensaInstitucional.pdf (Consultado 17 de Enero de 2009).

emboscada...y tendrá la autoridad para ejecutarla con fuego de aniquilamiento y no gritando...”

Pedir en este caso a las tropas en tierra, lanzar una proclama por ejemplo, sería desnaturalizar o hacer perder efectividad a este tipo de maniobra, que genera ventaja militar, más cuando hablamos de un objetivo militar identificado, que de acuerdo al artículo 52 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra son “aquellos objetos que, por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización, contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción parcial o total, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida”.

De acuerdo a tal definición, se entiende como lícitos los medios que a la luz del Derecho Internacional Humanitario sean conducentes para vencer al adversario; si un grupo de personas, se encuentran en un terreno donde por labores de inteligencia se ha determinado como corredor de movilidad o zona de permanencia de integrantes de Organizaciones Terroristas, se deduce que son personas que intervienen en hostilidades, y es en ese mismo momento donde se constituyen como objetivos militares, y desde ese punto de vista resultaría lícita la aplicación de este tipo de maniobras.

Es más, el mismo Reglamento de la HAYA señala en su artículo 24 que los estratagemas de guerra se consideran lícitos, y la emboscada es considerado como uno de ellos, de tal manera que basta la intención agresiva u hostil por parte de miembros de grupos ilegales alzados en armas, sin ser necesario que se cause un mal cierto en la corporalidad de los militares, la población civil o sus bienes, pues “esperar los efectos físicos del ataque, importaría la mayoría de las

veces, hacer imposible la defensa. Llevar a este extremo la exigencia legal significaría restringirla en su alcance, y desnaturalizar el amparo que debe prestarse al que se defiende de un injusto invasor de su vida o sus derechos”.²⁵ La misma Carta de la OEA señala cuando se refiere a la legítima defensa, que esta no requiere que preceda una agresión (ataque armado) para ejercer este derecho, y es en este contexto que se puede hablar de la legítima defensa preventiva y su aplicación en el desarrollo de operaciones militares que usan maniobras como la emboscada, entre otros estratagemas que permiten y requieren el combate irregular.

La legítima defensa preventiva puede definirse como “el empleo de la fuerza que se realiza con anterioridad al desencadenamiento del ataque y tiene como objetivo evitar que éste llegue a producirse”²⁶, y es la que debe aplicarse en ese tipo de operaciones militares donde en emboscadas o ataques sorpresivos se causa la muerte de integrantes de grupos alzados en armas, pues el Estado puede hacer uso de la Fuerza aún cuando no se ha producido el ataque armado contra él o sus representantes, causal de exoneración que debería tenerse en cuenta por parte de las autoridades judiciales y disciplinarias al momento de proferir decisiones en los procesos adelantados en contra de militares por muertes en combate.

En Colombia se conoce que integrantes de grupos como las FARC y ELN, permanentemente agreden la soberanía del Estado haciendo uso de amenazas terroristas, pues los “rebeldes y sediciosos” forman parte de grupos que se encuentran fuera de la ley y hoy por hoy se dedican al narcotráfico, al terrorismo, al secuestro, a las torturas y atentan permanentemente contra los derechos

²⁵ Tribunal Superior Militar. Rad. 150269-GDS-A-Homicidio y otro-Causal de Justificación-EJC- MP. Mayor ® Salomón Gómez Dueñas. 14 de Abril de 2005.

²⁶ La legítima Defensa Preventiva en el Informe del Grupo de Alto Nivel. Santiago Ripol Carulla. <http://www.ride.org>.

fundamentales de los colombianos y contra el sistema democrático que rige el comportamiento político de la República”.²⁷

Si este tipo de delincuentes, como la misma Corte lo menciona, atentan permanentemente contra los derechos de los ciudadanos colombianos, cuando las Fuerzas Militares actúan contra ellos, lo hacen en uso de la legítima defensa preventiva, para lograr la protección de su propia integridad, así como la del resto de las personas que habitan la Nación y el orden constitucional y la soberanía, a lo que encaminan su misión a “evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una serie amenaza para la vida”²⁸, y como no decir que el terrorismo observa un alto grado de gravedad.

La legítima defensa preventiva tiene su fundamento en el mismo Derecho Natural, que implica una reacción lícita frente al acto ilícito, una “reacción lícita contra agresiones indirectas, informales, para proteger a los ciudadanos...para rechazar agresiones económicas, ideológicas...”²⁹, y en ese entendido, la actuación preventiva de las Fuerzas Armadas en los casos o maniobras que ya fueron explicadas, estarían facultados por la norma, para actuar de tal manera, frente a la constante amenaza de seguridad que generan grupos ilegales como las FARC y el ELN, sin que se haga necesario, como ya se dijo, al ataque armado previo de su parte.

Cuando la Fuerza Pública actúa observando la figura de la legítima defensa preventiva, recurre precisamente al uso de la Fuerza de manera “**preventiva**”; en el caso de Colombia, en desarrollo de una operación militar, respaldada por

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-456 de 1997. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz y Jorge Arango Mejía.

²⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III. MP. Alir Eduardo Hernández Enrique. Expediente 4655, 20 de Febrero de 1989.

²⁹ Antonio Parra Gil. www.expreso.ec/ediciones/2009/03/13/opinion/legitima-defensa-preventiva/default.asp?2009/03/13. (Consultado 03 de Febrero de 2011).

labores de inteligencia militar claras, que indiquen presencia en un sector determinado de miembros de grupos subversivos, faculta a la Institución Castrense a reaccionar ante una ataque que si bien es cierto no se está ejecutando en el momento preciso, su inminencia, realidad y actualidad, radica en la capacidad de sostener combates y mantener en zozobra a la población que tienen este tipo de grupos ilegales, los cuales tienen una organización jerarquizada con fines ilegales claramente establecidos, más cuando este tipo de grupos no tienen vocación transitoria, es decir, que su amenaza sí es inminente y permanente.

En este caso el Estado, con los militares como sus representantes no estaría haciendo uso de un derecho inexistente de hacer la guerra, sino por el contrario estaría usando el derecho inmanente de defenderse ante esos embates causados por estos grupos armados.

La legítima defensa preventiva, debe cumplir con los mismos requisitos que exige la sola legítima defensa, lo único es que esta se observa desde un punto de vista más amplio, donde no se espera a que se presente como tal el ataque armado, por el contrario, lo que se hace es evitarlo y actuar sorpresiva y como su mismo nombre lo indica preventivamente, la cual de ninguna manera deberá confundirse con el ataque preventivo, el cual no estaría respaldado de ninguna manera por la normatividad internacional.

En el caso colombiano, y con el fin de que la legítima defensa preventiva no se convierta en una herramienta para actuar por fuera de la legalidad por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas, se requiere que esta se aplique, obviamente en primera instancia, en desarrollo y cumplimiento de una operación militar, donde

hay un objetivo claramente identificado, en un escenario hostil, en aplicación estricta del Derecho Internacional Humanitario, en el cual imperan operaciones ofensivas, lo que permite llevar la fuerza letal sin aviso, llevando la iniciativa de fuego, sin necesidad del lanzamiento de una proclama o aviso previo, pues el objetivo principal de esta figura es obtener una ventaja en la iniciativa.

Teniendo en cuenta que los integrantes de grupos ilegales como las FARC y el ELN, tienen constantemente una intención hostil, y sin necesidad que esto signifique que deban estar uniformados, sino sólo con el hecho de esa tendencia a la hostilidad, que puede circunscribirse al hecho del porte de armas, a la luz del Derecho Internacional Humanitario se permite la aplicación de esa legítima defensa preventiva, sin que deba exigirse que la captura prime sobre la baja, pues los bienes jurídicos que se está defendiendo y protegiendo con este comportamiento preventivo, además de la vida y la integridad del personal que combate en el teatro operacional, son la paz, la seguridad y el bienestar de los ciudadanos, pues se ha determinado que esta clase de grupos ilegales, tienen la amplia posibilidad de amenazar estos bienes.

Como quiera que la amenaza que generan este tipo de organizaciones delincuenciales está dirigido contra intereses estatales, contra el territorio y contra los habitantes de Colombia, sus bienes y demás derechos, la legítima defensa preventiva debe y puede usarse con el fin de evitar el ataque en cuestión, antes de que este se produzca como tal, al hablar de producir, nos referimos a que se presente la muerte de un ciudadano, o en casos extremos se derroque el gobierno legalmente establecido, pues hace mucho tiempo se sabe que las FARC y el ELN iniciaron las hostilidades en nuestro territorio, siendo esencial de todas maneras, determinar claramente el origen y alcance de las amenazas, sin recurrir a apreciaciones subjetivas.

La legítima defensa preventiva podrá “aceptarse como válida en los casos de reacción frente a un ataque que está a punto de llevarse a cabo o frente a sucesivos ataques a partir de un ataque inicial que se sabe van a producirse”³⁰, pues sólo así podrá la actuación de la tropa pasar el test del artículo 51 de la Carta de la ONU, aunque este derecho que radica en el Estado tiene un rango consuetudinario que le da mayor fuerza, por aquella necesidad de frustrar los planes del enemigo y evitar que surjan nuevos grupos y artimañas de este tipo, “emprendiendo acciones coercitivas de tipo preventivo contra objetivos bajo sospecha”.³¹

La misma Carta de las Naciones Unidas afirma en su artículo 51 que “ninguna disposición menoscabará el derecho inmanente de la legítima defensa individual o colectiva”, normatividad que respalda el hecho, que el Estado Colombiano actúe en derecho cuando utiliza la fuerza preventivamente, toda vez que no es razonable que se exija al Estado que espere a que el ataque se produzca, si el peligro es suficientemente grave y mientras se respete el principio de proporcionalidad, la legítima defensa preventiva esta totalmente avalada y justificada.

“La nueva doctrina parte de que la nueva situación creada por los terroristas de alcance global, desaconseja seguir dependiendo de una posición de reacción (reactive posture) y exige, por el contrario, estar dispuesto a no dejar que el adversario proporcione el primer golpe. **Desde esta óptica, se justifica una acción anticipada, aunque subsista incertidumbre en cuanto al momento y el lugar del ataque del enemigo**”³²

³⁰ Manuel Pérez Gonzáles. *Acción Preventiva y Legítima Defensa en Derecho Internacional*. www.ij.derechocr.ac.cr/archivos.documentación. (Consultado: 15 de Enero de 2011)

³¹ Ídem.

³² Ídem.

CONCLUSIONES

1. La legítima defensa, como causal de exoneración de responsabilidad penal y disciplinaria, al aplicarse y entenderse en un sentido amplio, puede permitir que esta se aplique no sólo cuando se atenta directamente contra la integridad de una persona, sino también contra el Estado como Institución y los bienes, derechos y principios que este debe garantizar.
2. Los miembros de la Fuerza Pública, cuando obran en estricto cumplimiento de un deber legal (orden de operaciones), actúan en nombre de la Constitución Política, toda vez, que ésta, en desarrollo de operaciones militares acuden a maniobras como la emboscada, actúan en estricto cumplimiento del mandato constitucional y de la ley, y su conducta estará amparada por una causal de justificación del hecho, cuando como resultado de ellas se cause la muerte de un integrante de un grupo ilegal con quien se sostenga un enfrentamiento armado, pues la finalidad de este tipo de conducta será prevenir y/o reducir el impacto de un ataque previo del enemigo, cuya denominación en sentido amplio se conoce como **legítima defensa preventiva**.

BIBLIOGRAFÍA

- FONTÁN BALESTRA, CARLOS. *Derecho Penal Introducción y Parte General*, Ed. Abeledo Perrot. 1979.
- Constitución Política. Arts. 1 y 2.
- Universidad de la Tercera Edad. *La Legítima Defensa*. 14 de Octubre de 2002. http://html.ricondelvago.com/legitimadefensa_1.html.
- *Legítima Defensa*. http://es.wikipedia.org/wiki/Leg%C3%ADtima_defensa
- JIMENEZ DE ASÚA, LUIS. *Lecciones de Derecho Penal*. 2000, volumen VII, Primera Serie. Biblioteca Clásicos del Derecho. Impresora Castillo Hnos. S.A. México, D.F.
- Tribunal Penal Militar. Rad. No. 032-148255-1066.XVI-38-PONAL. M.P. TC. Rosa Elena Tovar García. 06 de Marzo de 2006.
- Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Tribunal Superior Militar. Rad. 154902-7708-548-008-EJC- M.P. Capitán de Navío Carlos Alberto Dulce Pereira. 14 de Mayo de 2008.
- Tribunal Superior Militar. Rad. 154902-7708-548-008-EJC- M.P. Capitán de Navío Carlos Alberto Dulce Pereira. 14 de Mayo de 2008.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia Rad. 19922. M.P. Mauro Solarte Portilla. 05 de Mayo de 2004.
- *Tribunal Superior Militar. Rad. 150269-GDS-A-Homicidio y otro-Causal de Justificación-EJC- MP. Mayor ® Salomón Gómez Dueñas. 14 de Abril de 2005.*
- *Tribunal Superior Militar. Rad. 150269-GDS-A-Homicidio y otro-Causal de Justificación-EJC- MP. Mayor ® Salomón Gómez Dueñas. 14 de Abril de 2005.*
- *Reglamento de Operaciones y Maniobras de Combate Irregular EJC 3-10-1. Segunda Edición. 2010. Elaborado Sección Publicaciones Ejército.*

- CABALLERO, GUSTAVO ADOLFO. *Dar de Baja ¿Legítima Defensa Institucional y Homicidio? Disquisición con fines de estadística criminal.* www.medellín.gov.co/irj/go/km/docs.AdmonContenido/EstadisticaGobierno/DocumentosEstadisticasGobierno/LegitimaDefensaInstitucional.pdf (Consultado 17 de Enero de 2009).
- Tribunal Superior Militar. Rad. 150269-GDS-A-Homicidio y otro-Causal de Justificación-EJC- MP. Mayor ® Salomón Gómez Dueñas. 14 de Abril de 2005.
- La legítima Defensa Preventiva en el Informe del Grupo de Alto Nivel. Santiago Ripol Carulla. [http:// www. ride.org.](http://www.ride.org)
- Corte Constitucional. Sentencia C-456 de 1997. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz y Jorge Arango Mejía.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III. MP. Alir Eduardo Hernández Enrique. Expediente 4655, 20 de Febrero de 1989
- PARRA GIL, ANTONIO. www.expreso.ec/ediciones/2009/03/13/opinion/legitima-defensapreventiva/default.asp?2009/03/13. (Consultado 03 de Febrero de 2011).
- GONZÁLES PÉREZ, MANUEL. Acción Preventiva y Legítima Defensa en Derecho Internacional. [www. lij.derechoucr.ac.cr/archivos.documentación](http://www.lij.derechoucr.ac.cr/archivos.documentación). (Consultado: 15 de Enero de 2011)
- Manual de Derecho Operacional. Comando General de las Fuerzas Militares. Primera Edición. 2009.